

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 1 RR 2/89

Allgemeine Ortskrankenkasse für das Saarland,
Saarbrücken, Halbergstraße 1,

vertreten durch den AOK-Bundesverband,
Bonn 2, Kortrijker Straße 1,

Klägerin und Revisionsklägerin,

g e g e n

Saarland,
vertreten durch den Minister für Arbeit, Gesundheit und Sozialordnung,
Saarbrücken, Franz-Josef-Röder-Straße 23,

Beklagter und Revisionsbeklagter,

beigeladen:

1. ZF Getriebe GmbH,

Saarbrücken, Südring,

Prozeßbevollmächtigte: 1. Verband der Eisen-
und Metallindustrie des Saarlandes e.V.,
Saarbrücken, Harthweg 15,

2.,



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



2. Betriebskrankenkasse ZF Getriebe GmbH,

Saarbrücken, Robert-Bosch-Straße,

vertreten durch den Landesverband der
Betriebskrankenkassen Rheinland-Pfalz,
Mainz 1, Frauenlobplatz 2.

Der 1. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 17. April 1991 durch den Präsidenten Prof. Dr. R e i t e r, die Richterin Dr. W o l f f, den Richter K u m m e r sowie die ehrenamtliche Richterin B l ä t t e l und den ehrenamtlichen Richter B a r t s c h für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landessozialgerichts für das Saarland vom 18. April 1989 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat auch die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu 1) für das Revisionsverfahren zu erstatten. Im übrigen haben die Beteiligten einander außergerichtliche Kosten nicht zu erstatten.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
([mobile App](#))



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Gründe:

I

Die Beteiligten streiten darüber, ob das beklagte Land die Errichtung der zu 2) beigeladenen Betriebskrankenkasse -BKK-genehmigen durfte.

Auf Antrag der Beigeladenen zu 1) genehmigte der Beklagte nach Anhörung der Klägerin durch Bescheid vom 18. Oktober 1988 mit Wirkung vom 1. Januar 1989 die Errichtung einer BKK für den im Saarland tätigen Betrieb der Beigeladenen zu 1) mit ca 3.500 Arbeitnehmern. Der Errichtung hatten zuvor 57,8 vH der beteiligten volljährigen Arbeitnehmer des Unternehmens zugestimmt.

Das Sozialgericht (SG) hat die Klage gegen den nicht mit Gründen versehenen Genehmigungsbescheid durch Urteil vom 21. Dezember 1988 abgewiesen. Nach dieser Entscheidung ist von dem Beklagten am 23. Dezember 1988 ein weiterer "Bescheid" mit den gleichen Verfügungssätzen wie im Bescheid vom 18. Oktober 1988 erlassen worden, dem nunmehr eine Begründung für die erteilte Genehmigung beigelegt worden ist. Das Landessozialgericht (LSG) hat mit Beschluß vom 28. Dezember 1988 die einstweilige Aussetzung der Vollziehung der Genehmigung angeordnet und durch Urteil vom 18. April 1989 die Berufung zurückgewiesen sowie gleichzeitig den Beschluß vom 28. Dezember 1988 wieder aufgehoben. In den Entscheidungsgründen des Berufungsurteils wird ua ausgeführt: Die Rechtswidrigkeit der Bescheide vom 18. Oktober und 23. Dezember 1988 ergebe sich nicht schon daraus, daß der Beklagte den Bescheid vom 18. Oktober 1988 nicht begründet habe. Zwar sei eine Begründung vorgeschrieben, ihr Fehlen könne aber nicht dazu führen, daß der Bescheid allein deshalb aufzuheben sei. Die Rechtswidrigkeit der Genehmigungsbescheide folge auch nicht - wie die Klägerin meine - aus den hier noch anwendbaren Vorschriften des § 253 Abs 2 iVm § 248 Nr 1 der Reichsversicherungsordnung (RVO). Denn die Errichtung der beigeladenen BKK gefährde weder den Bestand noch die Leistungsfähigkeit der Klägerin. Unter welchen Voraussetzungen eine Gefährdung der Leistungsfähigkeit der betroffenen Allgemeinen Ortskrankenkasse (AOK) anzunehmen sei, habe das Bundessozialgericht (BSG) in seinem Urteil vom 17. Juli 1985 - 1 RR 8/84 - (BSGE 58, 254 = SozR 2200 § 250 Nr 10) geklärt. Wegen der besonderen Verhältnisse im Saarland mit lediglich einer AOK könnten die in diesem Urteil entwickelten Grundsätze nur modifiziert übernommen werden, da ein Vergleich mit gleichartigen Kassen auf Landes(verbands)ebene nicht möglich sei. Nach Inkrafttreten des Gesundheitsreformgesetzes (GRG) sei im Hinblick auf die Regelungen in den §§ 266 und 267 sowie § 145 des Fünften Buchs des Sozialgesetzbuchs (SGB V) davon auszugehen, daß der Gesetzgeber beim Vorliegen eines Beitragsunterschiedes von mehr als 12,5 vH zu den Vergleichskassen eines Landes oder des Bundes eine



Bestands- sowie Leistungsgefährdung annehme, die entweder ein Ausgleichsverfahren unter den AOKen oder die Auflösung einer AOK erforderlich mache. Dieser Gesichtspunkt könne auch zur Konkretisierung des Begriffs der Leistungsgefährdung in § 248 Nr 1 RVO dienen. Danach wäre bei einem durchschnittlichen Beitragssatz aller AOKen im Bundesgebiet von 13,47 vH eine Leistungsgefährdung anzunehmen, wenn die betroffene AOK den Beitragssatz auf 15,15 vH festsetzen müsste. Nach den Berechnungen der Klägerin, die der Senat zugrunde lege, bedinge die Errichtung der beigeladenen BKK eine Beitragssatzerhöhung von 0,08 Prozentpunkten und die Einbeziehung der Betriebe der B. GmbH ab 1. Juli 1988 eine weitere von 0,09 Prozentpunkten. Dadurch ergebe sich bei einem seit 1986 bestehenden effektiven Beitragssatz von 14,1 vH, der für 1988 realistisch mit 14,29 vH eingeschätzt werden müsse, infolge von Mitgliederverlusten eine Erhöhung des Beitragssatzes auf 14,46 vH ($14,29 + 1,7 = 14,46$). Selbst wenn man zur Auffüllung der gesetzlich vorgeschriebenen Rücklage und zur Auffüllung der Betriebsmittelreserve eine weitere Beitragserhöhung um jeweils 0,3 Prozentpunkte ansetze, werde der Grenzwert für die Annahme einer Leistungsgefährdung nicht erreicht.

Mit der - vom LSG zugelassenen - Revision rügt die Klägerin eine Verletzung der §§ 35, 41 Abs 3, 42 des Zehnten Buchs des Sozialgesetzbuchs (SGB X), des § 96 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) sowie des § 248 Abs 1 RVO in der bis zum 31. Dezember 1988 geltenden Fassung und führt ua aus: Der Genehmigungsbescheid des Beklagten vom 18. Oktober 1988 sei schon aus formellen Gründen rechtswidrig. Er habe nicht ohne Begründung ergehen dürfen. Der Beklagte müsse bei der Genehmigung der Errichtung einer BKK eine Wertentscheidung fällen, der ein Beurteilungsspielraum immanent sei. Hieraus folge, daß § 42 SGB X unanwendbar sei. Der Beklagte habe den rechtswidrigen Erstbescheid auch nicht durch den Bescheid vom 23. Dezember 1988 ersetzen können. Zwar biete § 96 SGG grundsätzlich die Möglichkeit, Ersetzungsbescheide zum Gegenstand eines anhängigen Gerichtsverfahrens zu machen. Dies gelte - im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes - aber nicht, wenn der neue Verwaltungsakt lediglich dem Zweck diene, zwingende, bisher fehlende Formerfordernisse des Ursprungsbescheides nachzuholen. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts habe der Gesetzgeber mit der Verabschiedung des SGB V jedoch keineswegs zum Ausdruck gebracht, daß die Rechtsprechung des BSG zur Leistungs- und Bestandsgefährdung einer AOK bei BKK- und IKK-Errichtungen eine zutreffende Gesetzesauslegung beinhalte. In der Begründung zu den Bestandsschutzvorschriften werde vielmehr ausgeführt, daß von einer Bestandsgefährdung dann auszugehen sei, wenn eine Zwangsvereinigung der betroffenen AOK auf Landesebene drohe. Dies sei ua dann der Fall, wenn die AOK gegenüber dem Landesdurchschnitt eine Bedarfssatzabweichung von 12,5 vH aufzuweisen habe. Damit sei der Gesetzgeber der BSG-Rechtsprechung jedenfalls schon insoweit nicht gefolgt, als diese eine Leistungsgefährdung - die denkbare vor der Bestandsgefährdung eintreten müsse - erst bei einer Bedarfssatzabweichung von 20 vH



eintreten lassen wolle. Nach Auffassung des Gesetzgebers sei also auf der Basis der derzeitigen Regelungen ein markt- und wettbewerbsorientiertes Zusammenspiel der Kassenarten noch möglich. Eine Auslegung der Gefährdungsklauseln unter Wettbewerbsgesichtspunkten zwingt aber dazu, daß die letztlich im Interesse der Versicherten zu erhaltende Leistungsfähigkeit der AOK im Verhältnis zu den konkurrierenden Vergleichskassen in der Region zu bestimmen sei. Auch der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung halte - wie sich aus seinem im Revisionsverfahren überreichten Schreiben vom 12. Juli 1989 ergebe - einen Vergleich mit den auf dem Markt konkurrierenden Kassenarten der jeweiligen Region für notwendig. Aber selbst wenn man die Beitragssätze aller AOKen zum Vergleich heranziehe, führe dies zur Feststellung, daß durch die Errichtung der beigeladenen BKK eine Leistungsgefährdung eintrete.

Die Klägerin bezieht sich ferner auf eine rechtsgutachtliche Stellungnahme von Prof. Dr. Rainer P. , Hochschule für Verwaltungswissenschaften S. , vom 30. Mai 1990 und beantragt,

das Urteil des Landessozialgerichts für das Saarland vom 18. April 1989 und das Urteil des Sozialgerichts für das Saarland vom 21. Dezember 1988 aufzuheben und festzustellen, daß die Genehmigung für die Errichtung der Beigeladenen zu 2) rechtswidrig gewesen ist.

Der Beklagte und die Beigeladenen beantragen,
die Revision zurückzuweisen.

Sie halten die angefochtene Entscheidung für zutreffend und machen ua ergänzend geltend: Daß der Ursprungsbescheid ohne die erforderliche Begründung ergangen sei, müsse gemäß § 42 SGB X als geheilt angesehen werden, da eine andere als die getroffene Verwaltungsentscheidung nicht möglich gewesen sei. Insbesondere stehe der Genehmigungsbehörde hinsichtlich der Errichtung einer BKK kein Beurteilungsspielraum zu. Die Revision sei aber auch insoweit unbegründet, als mit ihr ein Verstoß gegen § 248 Abs 1 RVO gerügt werde. Denn eine Leistungsgefährdung durch die Errichtung der Beigeladenen zu 2) sei nach den von der Klägerin angegebenen Zahlen über Mitgliederverluste und die dadurch erforderlich werdende Erhöhung des Beitragssatzes nicht ersichtlich. Es bestehe auch keine Notwendigkeit, daß das BSG von seiner bisherigen Rechtsprechung abweiche und andere Maßstäbe für die Auslegung des Begriffes der Leistungsgefährdung anlege. Die Erwägungen der Revision seien im wesentlichen politischer Natur, orientierten sich aber nicht an der derzeitigen Rechtslage.

Die Revision der Klägerin hat keinen Erfolg. Der Bescheid vom 18. Oktober 1988, mit dem das beklagte Land die Errichtung der Beigeladenen zu 2) genehmigt hat, ist nicht rechtswidrig.

1. Die Klägerin durfte von der Anfechtungsklage auf die Fortsetzungsfeststellungsklage nach § 131 Abs 1 Satz 3 SGG übergehen. Die Genehmigung der Errichtung einer Krankenkasse stellt einen gestaltenden Verwaltungsakt dar (vgl dazu Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Band I, Allgemeiner Teil, 10. Aufl 1973, S 209 und S 270 f; Peters, Handbuch der Krankenversicherung, Band 2, 18. Aufl, § 245 Anm 3 und § 253 Anm 2). Wird die Genehmigung wirksam, so tritt die Kasse zu dem in der Genehmigung für die Errichtung festgelegten Zeitpunkt ins Leben. Selbst wenn die Genehmigung rechtswidrig sein sollte, so kann die Errichtung nicht durch Aufhebung der Genehmigung, sondern nur durch Auflösung oder Schließung der BKK in einem gesonderten Verfahren, das sich seit dem 1. Januar 1989 nach § 152 und § 153 des SGB V richtet, erreicht werden, und zwar nur mit Wirkung für einen künftigen Zeitpunkt (vgl dazu BSGE 59, 122, 126 ff = BSG SozR 2200 § 253 Nr 2). Das LSG hatte zwar mit Beschluß vom 28. Dezember 1988 die einstweilige Aussetzung der Genehmigung angeordnet, diesen Beschluß aber zusammen mit der Verkündung des angefochtenen Urteils am 18. April 1989 wieder aufgehoben. Mit der Entscheidung vom 18. April 1989 ist die Genehmigung wirksam geworden und die beigeladene BKK am gleichen Tag ins Leben getreten. Für das anhängige Klageverfahren ergibt sich daraus rechtlich folgende Konsequenz: Der Genehmigungsbescheid hat seine Wirkung entfaltet und hat sich durch die Errichtung der beigeladenen BKK erledigt (§ 131 Abs 1 Satz 3 SGG), jedenfalls in dem Sinne, daß für die Schließung der Kasse die Aufhebung des Genehmigungsbescheides nicht ausreicht (BSGE 59, 122, 126 = SozR 2200 § 253 Nr 2).

Der Übergang von der Anfechtungs- auf die Fortsetzungsfeststellungsklage war nicht durch § 168 SGG ausgeschlossen. Zwar steht diese Vorschrift einer Klageänderung im Revisionsverfahren entgegen. Der Übergang von der Anfechtungs- zur Feststellungsklage stellt jedoch dann keine Klageänderung dar, wenn sich - wie hier - dadurch der Klagegrund nicht ändert (vgl dazu BSGE 8, 178, 179 f; 23, 92, 95; 48, 195, 196 = SozR 2200 § 394 Nr 1 und 56, 45, 50 = SozR 2100 § 70 Nr 1; BVerwGE 27, 181, 184; zum Ganzen s im übrigen Meyer-Ladewig, SGG, Kommentar, 3. Aufl, § 99 RdNr 4 und § 168 RdNr 2).

Die Klägerin hat auch ein berechtigtes Interesse (vgl § 131 Abs 1 Satz 3 SGG) an der von ihr begehrten Feststellung. Dieses ist zu bejahen, wenn die Feststellung für sie in Zukunft rechtlich bedeutsam werden kann. Das ist der Fall, weil die



Feststellung der Rechtswidrigkeit der Genehmigung Voraussetzung für eine spätere Schließung der BKK ist. Denn die dann anwendbare Vorschrift des § 153 Abs 1 Nr 2 SGB X setzt für die Einleitung des Schließungsverfahrens voraus, daß die BKK nicht hätte errichtet werden dürfen, dh die Voraussetzungen für die Genehmigung nicht vorgelegen haben. Daraus ergibt sich zugleich, daß das Rechtsschutzinteresse der Klägerin nur angenommen werden darf, wenn aufgrund der Klage auch geprüft werden kann, ob die vom Beklagten erteilte Genehmigung mit dem materiellen Recht in Einklang stand. Für ein späteres Schließungsverfahren ist es nämlich nicht ausreichend, daß die Errichtungsgenehmigung - wie die Klägerin meint - schon wegen des Fehlens der Gründe im Ursprungsbescheid rechtswidrig war. Es muß vielmehr auch festgestellt werden können, daß die materiell-rechtlichen Voraussetzungen für die Genehmigung nicht vorlagen. Diese Möglichkeit ist gegeben. Denn der Bescheid vom 18. Oktober 1988 war - wie noch ausgeführt werden wird - nicht schon deshalb aufhebbar, weil er keine Gründe enthielt.

2. Bei ihrer Klage auf Feststellung, daß die Errichtungsgenehmigung rechtswidrig war, hat die Klägerin - wie sich aus der Revisionsbegründung ergibt - zu Recht auf den Bescheid vom 18. Oktober 1988 und nicht auf den "Bescheid" vom 23. Dezember 1988 abgehoben. Der "Bescheid" vom 23. Dezember 1988 ist kein Verwaltungsakt. Er enthält nicht - wie dies § 31 Satz 1 SGB X voraussetzt - eine Maßnahme zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts. Der "Bescheid" wiederholt lediglich wörtlich die Verfügungssätze des Bescheides vom 18. Oktober 1988 und schiebt die - bisher fehlenden - Gründe für die Verwaltungsentscheidung nach. Die Wiederholung eines - für die Verwaltungsbehörde bindenden (vgl § 39 SGB X; vgl dazu Meyer-Ladewig, § 77 RdNr 5) - Verwaltungsakts ist selbst dann kein Verwaltungsakt, wenn sie in der Form eines Bescheides mit Rechtsbehelfsbelehrung und Gründen erfolgt (s dazu BVerwG, Beschluß vom 18. Mai 1955 - I B 138.54 - Buchholz 310 Vorbem III zu § 42 VwGO Nr 18; BVerwG, Urteil vom 13. Oktober 1960 - II C 188.58 - DVBl 1961, 90, 91 und Urteil vom 23. Oktober 1968 - VI C 51.65 - DÖD 1969, 58; BVerwGE 13, 99, 100 f). Der "Bescheid" vom 23. Dezember 1988 ist daher jedenfalls insoweit ohne Wirkung, als er - schon wegen des Fehlens einer rechtlichen Regelung - nicht an die Stelle des Bescheides vom 18. Oktober 1988 treten konnte, diesen also nicht ersetzt hat.
3. Die mit Bescheid vom 18. Oktober 1988 erteilte Genehmigung ist zwar formell fehlerhaft, weil sie nicht mit Gründen versehen war und diese nach Klageerhebung nicht mehr nachgeschoben werden konnten. Der Genehmigungsbefehl hätte gemäß § 35 Abs 1 Sätze 1 und 2 SGB X schriftlich unter Mitteilung der wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe begründet werden müssen.



Eine Ausnahme vom Begründungszwang ist hier nicht gegeben. Die Genehmigung griff in Rechte der Klägerin (§ 35 Abs 2 Nr 1 SGB X) ein; denn mit der - wirksamen - Errichtung einer BKK werden die beschäftigten Versicherungspflichtigen in den Betrieben, für die die BKK errichtet wird, deren Mitglieder und scheiden - soweit sie der Klägerin bisher angehört haben - bei dieser aus (vgl dazu § 245 Abs 3 RVO und § 187 SGB V). Aber auch die Ausnahmegvorschrift des § 35 Abs 2 Nr 2 SGB X ist nicht erfüllt. Denn auch wenn die Klägerin als Betroffene angehört worden ist, kann noch nicht davon ausgegangen werden, daß ihr die Auffassung der Behörde über die Sach- und Rechtslage bereits bekannt war. Die Anhörung dient im Verfahren der Errichtung einer BKK vor allem dazu, daß die AOK die aus ihrer Sicht bedeutsamen tatsächlichen und rechtlichen Gründe vorträgt, um zu einer richtigen Entscheidung der Genehmigungsbehörde beizutragen. Die weiteren Ausnahmen vom Begründungszwang (§ 35 Abs 2 Nr 3 bis 5 SGB X) kommen nicht in Betracht. Die im Bescheid vom 18. Oktober 1988 fehlende Begründung konnte gemäß § 41 Abs 1 Nr 2 iVm Abs 2 SGB X nur bis zur Erhebung der Klage nachgeholt werden. Da die Klage am 14. November 1988 erhoben worden ist, konnte der Beklagte die Gründe im Dezember 1988 nicht mehr zulässig nachschieben.

Gleichwohl war der Bescheid vom 18. Oktober 1988 nicht in dem Sinne rechtswidrig, daß er allein wegen des Fehlens der Begründung hätte aufgehoben werden können. Nach § 42 Satz 1 SGB X kann die Aufhebung eines Verwaltungsaktes, der nicht nach § 40 nichtig ist, nicht allein deshalb beansprucht werden, weil er unter Verletzung von Vorschriften über das Verfahren, die Form oder die örtliche Zuständigkeit zustande gekommen ist, wenn keine andere Entscheidung in der Sache hätte getroffen werden können. Diese Regelung gilt nicht, wenn die erforderliche Anhörung unterblieben oder nicht wirksam nachgeholt ist (§ 42 Satz 2 SGB X). Nach der Systematik des Gesetzes gehört auch das Fehlen der erforderlichen Begründung (vgl dazu § 35 und § 41 SGB X) zu den Verfahrens- und Formfehlern iS von § 42 SGB X. Durch Umkehrschluß aus der Vorschrift des § 42 Satz 2 SGB X ist zu schließen, daß - abgesehen von der unterbliebenen Anhörung - kein Verfahrens- und Formfehler, auch nicht das Unterlassen der erforderlichen Begründung eines Verwaltungsaktes, allein die Aufhebung rechtfertigt (im Ergebnis ebenso BVerwGE 78, 101, 113 f). Ob dies ohne Ausnahme zu gelten hat, läßt der erkennende Senat offen.

4. Die Entscheidung des Beklagten, die Errichtung der beigeladenen BKK zu genehmigen, ist materiell-rechtlich nicht zu beanstanden. Ob die Genehmigung rechtmäßig war, richtet sich nicht nach den Vorschriften des am 1. Januar 1989 in Kraft getretenen SGB V (vgl dazu Art 1 und 79 GRG vom 20. Dezember 1988 - BGBl I, 2477 -), sondern noch nach den bis dahin geltenden Vorschriften der



RVO. Maßgebend ist nämlich bei einer Fortsetzungsfeststellungsklage wie bei der Anfechtungsklage (vgl dazu BVerwGE 2, 55, 58 ff; BSGE 5, 246, 247; 14, 71, 76; 15, 127, 131 und 161, 168 sowie 43, 1, 5) die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt, in dem der angefochtene bzw später erledigte Verwaltungsakt erlassen worden ist (Meyer-Ladewig, § 131 RdNr 7). Zwar werden für die Anfechtungsklage in der Rechtsprechung eine Reihe von Ausnahmen gemacht (vgl dazu BSGE 7, 129, 133 ff und 14, 71, 76 - Verwaltungsakte mit Dauerwirkung - und BVerwG, Entscheidung vom 23. Januar 1989 - 4 B 132/88 - unveröffentlicht; BVerwG in NVwZ 1990, 653). Hier kommt eine solche Ausnahme nicht in Betracht. Der Bescheid vom 18. Oktober 1988 ist insbesondere kein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung. Er hat seine Wirkung mit der Errichtung der beigeladenen BKK erreicht (vgl dazu BSGE 59, 122, 126 = SozR 2200 § 253 Nr 2). Für die Entscheidung über die Fortsetzungsfeststellungsklage sind aber auch nicht deshalb die Vorschriften des SGB V heranzuziehen, weil der Beklagte für die Errichtung der beigeladenen BKK den 1. Januar 1989 festgesetzt hat, also den Tag, an dem das SGB V in Kraft getreten ist. Die Errichtung einer Krankenkasse erfordert schon aus praktischen Notwendigkeiten, daß im Genehmigungsbescheid ein in der Zukunft liegender Zeitpunkt bestimmt wird, zu dem die Errichtung wirksam wird (vgl dazu jetzt § 148 Abs 3 Satz 2 SGB V). Denn die Betroffenen müssen sich auf die durch die Genehmigung eintretenden Rechtsfolgen einstellen können, insbesondere auf den kraft Gesetzes (§ 245 Abs 3 RVO und § 187 SGB V) eintretenden Wechsel von Mitgliedern zu der neu zu errichtenden Kasse. Ob neues Recht dann auf die Prüfung der Rechtmäßigkeit des Genehmigungsbescheides anzuwenden ist, wenn ein sehr weit in der Zukunft liegender Zeitpunkt für die Errichtung der Krankenkasse bestimmt wird und dies möglicherweise zu einem Zeitpunkt geschieht, in dem das neue Recht zwar noch nicht in Kraft, aber schon bekannt ist, um den Konsequenzen des neuen Rechts zu entgehen, kann der Senat dahingestellt sein lassen (zur Problematik der Anwendung neuen Rechts bei "gestreckten" Verwaltungsverfahren, insbesondere bei der Errichtung von BKK'en und IKK'en, s Schnapp, DVBl 1989, 549, 551 f). Denn die von dem Beklagten gewählte Zeitspanne von ca drei Monaten ist angemessen. Zum Zeitpunkt der Verwaltungsentscheidung war das neue Recht noch nicht beschlossen - das GRG datiert vom 20. Dezember 1988 -, so daß schon diese Umstände jeden Verdacht einer Manipulation ausschließen.

Zutreffend hat das LSG aufgrund seiner Tatsachenfeststellungen, an die das Revisionsgericht gemäß § 163 SGG gebunden ist, angenommen, daß die nach § 245 Abs 1 und § 252 Abs 2 RVO erforderlichen Voraussetzungen für die Genehmigung vorlagen. Entgegen der Auffassung der Revision stand der Genehmigungsbescheid aber auch nicht in Widerspruch zu § 248 Nr 1 RVO.



Danach darf eine BKK nur errichtet werden, wenn sie den Bestand oder die Leistungsfähigkeit vorhandener AOK'en nicht gefährdet. Diese Voraussetzung für die Erteilung der Errichtungsgenehmigung war erfüllt.

Der Gesetzgeber hat in § 248 Nr 1 RVO mehrere unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet. Sie machen es erforderlich, daß die Verwaltung oder - im Streitfalle - die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit die verwendeten Begriffe konkretisieren. Der erkennende Senat hat sich in seinem von den Beteiligten zitierten Urteil vom 17. Juli 1985 (aaO) in einem Verfahren, in dem es um die Erweiterung einer Innungskrankenkasse (IKK) ging, eingehend mit der Auslegung der insoweit wörtlich übereinstimmenden Vorschrift des § 251 Abs 1 Nr 1 RVO befaßt. Das Berufungsgericht geht zwar von dieser Entscheidung aus, hat jedoch im Hinblick auf die Regelungen in den §§ 266 und 267 sowie § 145 SGB V für den Vergleich mit Kassen der gleichen Kassenart eine andere Obergrenze für die Gefährdung des Bestandes oder der Leistungsfähigkeit einer AOK gezogen. Für eine solche Änderung seiner Rechtsprechung sieht der erkennende Senat jedoch keinen zwingenden Anlaß. Als die Genehmigung im Oktober 1988 erteilt wurde, waren die gesetzlichen Regelungen, auf die das LSG jetzt Bezug nimmt, noch nicht geschaffen. Zwar ist es durchaus möglich, aus einer späteren Maßnahme des Gesetzgebers Rückschlüsse für die Gesetzesauslegung zu ziehen; etwa wenn durch die spätere Regelung deutlich wird, was der Gesetzgeber mit einer älteren Einzelregelung beabsichtigt hatte (s zB BSGE 58, 243, 248 mN = SozR 2200 § 182 Nr 98 zur sog authentischen Interpretation des Gesetzgebers; s ferner BSGE 18, 225, 227 = SozR Nr 4 zu § 1311 RVO zur Berücksichtigung einer neuen Rechtsentwicklung). Dagegen sind Rückschlüsse vom neuen auf das alte Recht dann ausgeschlossen, wenn der Gesetzgeber einen an sich schon bekannten Sachverhalt neu bewertet und dementsprechend gegenüber dem alten Recht eine abweichende Grenze zieht.

Der erkennende Senat ist in seiner Entscheidung vom 17. Juli 1985 (aaO) von dem § 414b Abs 2a RVO zugrundeliegenden Modell eines Finanzausgleichs ausgegangen, dessen nicht Gesetz gewordene obligatorische Regelung einen Grenzwert von 15 vH vorgesehen hatte, und hat ferner berücksichtigt, daß der Gesetzgeber im Zeitpunkt der damaligen Entscheidung Beitragssatzabweichungen bis ca 20 vH nach oben und unten von einem durchschnittlichen Beitragssatz im Bundesgebiet hingenommen hatte, ohne einen Finanzausgleich obligatorisch vorzusehen. Hieraus ist in der Entscheidung vom 17. Juli 1985 (aaO, S 261 f) der Schluß gezogen worden: Eine Gefährdung der Leistungsfähigkeit einer AOK kann regelmäßig erst dann angenommen werden, wenn der infolge von Mitgliederverlust zu erhöhende Bedarfssatz der betroffenen AOK den durchschnittlichen Bedarfssatz der Vergleichskassen um etwa 20 vH überschreitet.



Diesen Maßstab hat das SGB V für die hier noch gebotene Anwendung des alten Rechts nicht hinfällig werden lassen. Der Senat hält deshalb an der im Urteil vom 17. Juli 1985 entwickelten Rechtsprechung fest. Ob die genannte Obergrenze bei der Genehmigung einer BKK oder einer IKK nach neuem Recht, insbesondere im Hinblick auf die Regelung in § 267 Abs 1 SGB V, zu modifizieren ist, läßt der Senat - weil dies hier nicht entscheidungserheblich ist - ausdrücklich offen. Für eine Herabsetzung der Obergrenze könnte dann allerdings sprechen, daß sich aus der Regelung in § 267 SGB V auch Folgerungen für die Bestimmung der nunmehr in § 147 Abs 1 Nr 3 und § 157 Abs 2 Nr 3 SGB V verwendeten Begriffe der Gefährdung der Leistungsfähigkeit und Bestandsgefährdung ergeben.

Soweit die Revision geltend macht, das angefochtene Urteil habe nicht hinreichend den Unterschied zwischen der Gefährdung des Bestandes und der Gefährdung der Leistungsfähigkeit der AOK beachtet, ist dies im vorliegenden Falle nicht von Bedeutung. Denn in seinem Urteil vom 17. Juli 1985 hat der Senat die schon erwähnte Obergrenze für die Gefährdung der Leistungsfähigkeit gezogen. Diese Grenze wird aber - wie noch im einzelnen auszuführen ist - bei weitem nicht erreicht, so daß der Senat nicht darüber befinden muß, ob bei der Anwendung der Vorschriften der §§ 248 Nr 1 RVO und 251 Abs 1 Nr 1 RVO zwischen Bestandsgefährdung und Gefährdung der Leistungsfähigkeit zu differenzieren ist und - wenn ja - bei Erreichung welcher Beitragssatzabweichungen von einer Gefährdung des Bestandes einer AOK gesprochen werden kann.

Der Revision kann auch nicht insoweit gefolgt werden, als sie den Vergleich mit Kassen der gleichen Kassenart iS des § 225 RVO angreift. Der Senat hat diese Frage bereits in dem mehrfach zitierten Urteil vom 17. Juli 1985 eingehend behandelt. Auf die Ausführungen dazu (aaO, S 256 ff) wird verwiesen. Der Vergleich mit Kassen anderer Kassenart ist - entgegen der Auffassung der Klägerin - nicht deshalb geboten, weil sich die AOK'en in einer Wettbewerbssituation mit den anderen gesetzlichen Krankenkassen befinden. Selbst wenn man davon ausgeht, daß sich die Beitragssatzunterschiede auf eine Bereitschaft zum Wechsel von AOK-Mitgliedern zu einer Ersatzkasse oder zur Gründung von Innungs- und Betriebskrankenkassen auswirken, und man darin jedenfalls eine wettbewerbsähnliche Situation sieht, ändert das nichts daran, daß die Leistungsfähigkeit einer AOK nur in Relation zu anderen gleichartigen Kassen bestimmt werden kann. Der Gesetzgeber hat mit dem gegliederten Krankenversicherungssystem Leistungs- und vor allem Beitragssatzunterschiede in Kauf genommen. Diese Unterschiede ergeben sich schon zwangsläufig daraus, daß die Mitgliedschaft in den Betriebs-, Innungs- und Ersatzkassen einerseits und den AOK'en andererseits an unterschiedliche Kriterien anknüpft und dadurch eine unterschiedliche Mitglieder- und Risikostruktur entsteht (vgl dazu auch BSG 58,



134, 143 f). Die Regelungen des Gesetzes, insbesondere die Bestimmungen des § 248 Nr 1 RVO und des § 251 Abs 1 Nr 1 RVO, dienen nicht dazu, den AOK'en für ihre Teilnahme an einem etwaigen Wettbewerb der Kassen verschiedener Kassenarten eine hinreichend gesicherte Position zu schaffen oder zu erhalten bzw Chancengleichheit im Wettbewerb der Kassen untereinander sicherzustellen. Durch die Gefährdungsklauseln soll lediglich garantiert werden, daß die AOK'en als Institutionen der Basisversorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung funktionsfähig bleiben. Das ist aber gewährleistet, wenn die Errichtung einer BKK oder einer IKK nicht dazu führt, daß der Beitragssatz einer AOK vom durchschnittlichen Beitragssatz der Kassen der gleichen Kassenart zu weit abweicht. Dabei geht der Senat allerdings davon aus, daß die Vergleichskassen selbst nicht schon im Durchschnitt einen Beitragssatz erreicht haben, der ihre Leistungsfähigkeit oder ihren Bestand für die Zukunft gefährden könnte. Daß eine solche Situation bei einer ganzen Gruppe von Vergleichskassen bisher eingetreten wäre, hat weder die Klägerin behauptet, noch sind dafür irgendwelche Anhaltspunkte vorhanden. Nur wenn in einem Landesverband die Vergleichskassen tatsächlich schon einen durchschnittlichen Beitragssatz erreicht hätten, der zu nennenswerten Schwierigkeiten mit den Versicherten und deren Arbeitgebern führen würde, weil die Beiträge nicht mehr aufgebracht werden könnten, wäre eine Orientierung an den Durchschnittsbeitragssätzen dieser Vergleichskassen kein geeigneter Maßstab. Davon kann aber weder generell noch speziell die Rede sein.

Das von der Klägerin im Revisionsverfahren überreichte Schreiben des Bundesministers für Arbeit und Sozialordnung vom 12. Juli 1989 zwingt ebensowenig zu einer Änderung der bisherigen Rechtsprechung. Soweit dort der Vergleich mit den auf dem Markt konkurrierenden Kassenarten der jeweiligen Region für notwendig gehalten wird, fehlt es an durchschlagenden rechtlichen Argumenten für diese Auffassung. Denn die Vorschriften über die Errichtung von Betriebs- und Innungskrankenkassen sind - wie schon hervorgehoben - nicht darauf gerichtet, Chancengleichheit im Wettbewerb zu schaffen oder Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern, sondern enthalten lediglich eine Sicherung gegen allzu nachteilige Auswirkungen, die sich aus dem gegliederten Krankenversicherungssystem ergeben könnten. Auch die von der Klägerin überreichte rechtsgutachtliche Stellungnahme von Prof. Dr. P. vom 30. Mai 1990 basiert, soweit es um die Gefährdung der Leistungsfähigkeit der AOK'en geht, im wesentlichen auf Überlegungen zur Position der Kassen dieser Kassenart im Wettbewerb, so daß sich die Revision auch auf dieses Gutachten insoweit nicht stützen kann. Im übrigen hält dieser Gutachter eine Abweichung des Beitragssatzes der betreffenden AOK von maximal 14 - 15 vH für zulässig, ehe eine Leistungsgefährdung angenommen werden muß. Auch diese Grenze wird



aber - wie schon die Ausführungen des LSG deutlichen machen - hier weder erreicht noch überschritten.

Das LSG hat bei seiner Entscheidung allerdings nicht beachtet, daß die Notwendigkeit, die Betriebsmittelreserve aufzufüllen und die Rücklagen zu erhöhen, bei der Beurteilung der Leistungsfähigkeit der Klägerin keine entscheidende Rolle spielen darf. Denn bei dieser Beurteilung fallen alle die wirtschaftliche Entwicklung einer Kasse beeinflussenden Faktoren aus, die sich nicht gerade aus dem in Frage stehenden Verlust von Mitgliedern ergeben (BSGE 14, 71, 77 = SozR Nr 2 zu § 251 RVO; BSGE 31, 283, 287 f = SozR Nr 5 zu § 251 RVO; SozR Nr 7 zu § 251 RVO). Eine bereits bestehende ungünstige Vermögenslage der AOK kann sich also nur mittelbar auswirken, wenn sie schon einen erhöhten Beitragssatz notwendig gemacht und sich dadurch der Abstand zur Obergrenze bei dem Vergleich mit den durchschnittlichen Beitragssätzen anderer Kassen der gleichen Kassenart verringert hat. Solange aber die Betriebsmittelreserve nicht aufgefüllt und die Rücklagen nicht erhöht worden sind, spielt die Notwendigkeit zu einer solchen Maßnahme bei der Beurteilung der Gefährdung der Leistungsfähigkeit einer AOK rechtlich keine Rolle.

Nicht zu beanstanden ist dagegen, daß das LSG im zu entscheidenden Falle auf den bundesdurchschnittlichen Beitragssatz aller AOK'en abgestellt hat. Dies ist bei Stadtstaaten und Ländern wie dem Saarland, die nur eine AOK haben, erforderlich. Zwar hat die Rechtsprechung bisher den Standpunkt vertreten, daß der Vergleich mit den Kassen der gleichen Kassenart des jeweiligen Wirtschaftsraums zu erfolgen hat. Diesen Standpunkt hat der erkennende Senat auch in seinem Urteil vom 17. Juli 1985 (aaO, S 262 f) unter Bezugnahme auf BSGE 14, 71, 77 eingenommen und zum Vergleich den durchschnittlichen Beitragssatz der Kassen der gleichen Kassenart auf Landesverbandsebene herangezogen. Es läge nun nahe, bei Stadtstaaten oder Ländern, die nur eine AOK haben, auf den durchschnittlichen Beitragssatz der Kassen der gleichen Kassenart eines Nachbarlandes zurückzugreifen. Hier besteht indessen die Gefahr, daß einerseits der Wirtschaftsraum des Nachbarlandes sich doch erheblich bezüglich der wirtschaftlichen Verhältnisse des Landes unterscheidet, in dem die betroffene AOK ihren Sitz hat; ferner könnten sich, wenn mehrere Nachbarländer vorhanden sind, Zweifel ergeben, welches Nachbarland für den Vergleich heranzuziehen ist.

Nach den Feststellungen des LSG lag zur Zeit der Errichtungsgenehmigung der gültige Beitragssatz der Klägerin bei 14,1 vH. Der durch die Errichtung der beigeladnen BKK bedingte Mitgliederverlust würde zu einer Beitragssatzerhöhung um 0,08 Prozentpunkte und die Einbeziehung der Betriebe der B. GmbH ab 1. Juli 1988 zu einer weiteren Beitragssatzerhöhung um 0,09 Prozentpunkte führen



mit dem Ergebnis, daß sich der Beitragssatz der Klägerin danach auf 14,27 vH beliefe. Da der bundesdurchschnittliche Beitragssatz aller AOK'en im Jahre 1988 bei 13,47 vH lag, wäre eine Gefährdung der Leistungsfähigkeit nach den vom Senat im Urteil vom 17. Juli 1985 entwickelten Grundsätzen erst erreicht worden, wenn der Beitragssatz der Klägerin aufgrund der Errichtung der Betriebskrankenkassen 16,16 vH erreicht hätte. Das ist indessen nicht der Fall. Selbst wenn man mit dem LSG vom neuen Recht ausgeht und die zulässige Abweichung vom durchschnittlichen Beitragssatz aller AOK'en im Bundesgebiet auf 12,5 vH begrenzt, läge eine Leistungsgefährdung der Klägerin nicht vor. Die zulässige Abweichung würde danach überschritten, wenn die Klägerin ihren Beitragssatz wegen der Mitgliederverluste auf über 15,14 vH festsetzen müßte. Mit 14,27 vH bleibt der notwendige Beitragssatz aber noch erheblich unter der vom LSG gezogenen Grenze.

Nach alledem durfte die Beklagte die Errichtung der beigeladenen BKK genehmigen, so daß der Bescheid vom 18. Oktober 1988 insoweit nicht rechtswidrig ist. Die Revision, mit der die Beklagte die Feststellung der Rechtswidrigkeit dieses Bescheides erstrebt, war deshalb zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 193 SGG.

